

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO GENITOR PELO ABANDONO AFETIVO DO FILHO MENOR.

Rafaela Carla Melo de Paiva¹

Rosângela Maria R. M. M. de Moraes²

RESUMO

Com a mudança do paradigma social o direito de família também avançou. Conjuntamente com a responsabilidade civil surgiu uma nova modalidade de dano moral: o abandono afetivo dos pais para com os filhos menores. Tal conduta se caracteriza pelos danos causados à estrutura psíquica dos filhos, que pode ocasionar desajustes comportamentais e/ou psicossociais, visto que as crianças e adolescentes são pessoas em processo de desenvolvimento. Para fortificar a corrente estão o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais, que embasam esta responsabilização, por constituir um caráter moral e uma ilegalidade no mundo jurídico. Para o desenvolvimento deste estudo, foram utilizados livros e realizadas pesquisas on-line de artigos e legislação sobre o tema.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; família; dever de cuidar; abandono afetivo.

THE CIVIL LIABILITY OF THE PROGENITOR FOR THE AFFECTIVE ABANDONMENT OF THE UNDERAGED CHILD.

ABSTRACT

With the changes in Social paradigm the family law also advanced. Along with the civilian responsibility rises a new kind of Moral Damages: the parent's affective desertion among the underage children. Such conduct is characterized by damage to the psychic structure of the children, which can cause behavioral and/or psychosocial maladjustment, it's known that children and teenagers are in development process. In order to strengthen the current exist the Principle of Human Dignity and the Fundamental Rights, to support this accountability, for construct a moral character and an illegality in the legal world. For the development of this article, there were used books and made online research of articles and the legislation about this subject.

Keywords: Civil accountability, family, Duty of care, affective desertion.

1. INTRODUÇÃO

O direito de família, por ser um ramo do direito bastante concreto, passa por constantes indagações sobre as relações de parentalidade, por ser a convivência entre cônjuges ou entre pais e filhos uma temática complexa, e os mesmos serem alvos de

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: rafaelacarlamp@hotmail.com

² Professora orientadora do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: rosangela.mrm@uol.com.br

diversos entendimentos jurisprudenciais.

Com atribuição de um maior pensamento sobre os direitos da criança e do adolescente, o direito de família passou a atuar com mais peso no seio familiar, e por consequência foram criados novos “conflitos” jurídicos para serem solucionados.

Diante das mais variadas discussões trazidas ao julgar do magistrado, surge a responsabilização civil do genitor por abandono afetivo, que por se tratar de um dever de indenizar, causou grande polêmica no meio jurídico.

Tal responsabilização decorre do dano moral causado ao filho, que apesar de devidamente registrado por um dos pais não recebe deste a devida atenção em sua criação para desenvolver-se plenamente.

É dever dos pais proporcionar ao seu filho o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à cultura, ao respeito, à liberdade. Portanto deve os genitores criar, educar, prover seu sustento e guarda, e tê-lo em sua companhia, conforme expõe o artigo 227 da Constituição Federal.

Sobre o respeito que se deve ter para com as crianças, o Estatuto da Criança e do Adolescente relata que aquele consiste em prezar pela integridade física, psíquica e moral do menor de idade, além de preservar seus direitos personalíssimos, como a imagem, identidade, valores e ideias.

A responsabilização civil, como veremos a seguir, não será posta em confronto com o dever de amar, mas de participação efetiva no desenvolvimento do menor, que está em uma posição de vulnerabilidade em relação ao adulto.

Este estudo cumpre mostrar que existem requisitos suficientes para que um pai negligente possa ser responsabilizado civilmente em casos de “abandono afetivo”, de acordo, claro, com os casos concretos que possam bater à porta do judiciário.

2. FILIAÇÃO E PODER FAMILIAR

No direito de família, segundo Luz (*apud* Washington de Barros Monteiro) filiação é: “A relação existente entre o filho e as pessoas que o geraram”, podendo este conceito ser estendido aos filhos adotivos.

Antes da atual Constituição Federal, havia uma distinção entre os filhos, quais sejam os legítimos e os ilegítimos. Os primeiros eram concebidos na constância do casamento, e os segundos advinham de relações extramatrimoniais (pais impedidos ou não de casar).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o art. 227, §6º consagrou o princípio da igualdade entre os filhos, independente da forma que a filiação teve a sua origem, competindo aos pais criar, educar, acompanhar, e guardar os filhos menores de acordo com o art. 1.634 do CC vigente.

Diante da filiação regida pela igualdade entre os filhos, a família passa a assumir um papel sobre o filho, o do poder familiar, pois como diz Santos (2009, p. 197): “A família como todo e qualquer agrupamento humano, se sustenta e se orienta por relações de poder”.

O próprio art. 1.630 do Código Civil diz: “Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores (PLANALTO, 2002)”.

É importante observar que esse poder, antes exercido apenas pelo *pater* (pai), passou a ser dividido entre os genitores, tendo em vista que a mulher passou a assumir a autoridade parental com o pai, devido à conquista de independência no plano econômico. Esse pensamento é amparado pelo art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (PLANALTO, 1990) (grifo nosso).

O poder familiar, por sua vez, irá gerar uma responsabilidade dos genitores, quanto ao cuidado dos filhos menores, para que os mesmos possam crescer sadios física e psicologicamente, como também com o adequado desenvolvimento de suas personalidades, conforme os dizeres do art. 229 da CF: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (PLANALTO, 1988)”.

Tal responsabilidade advém das relações hierárquicas entre pais e filhos, vez que estes estão em pé de desigualdade por serem totalmente dependentes das vontades materiais e afetivas dos pais, pois o desenvolvimento dos menores depende das ações tomadas por seus genitores (SANTOS, 2009 p.201).

O poder familiar, portanto, nas palavras de Santos (2009, p. 200):

[...] envolve não apenas o exercício do poder, mas a assunção de responsabilidade pelos pais, no que se refere ao adequado desenvolvimento físico e psíquico dos filhos. Os pais têm o dever de preservar a estrutura psíquica – intelectual e afetiva – dos filhos, bem como de alocarem os meios necessários ao seu pleno desenvolvimento, como decorrência da centralização da pessoa

humana no ordenamento jurídico (CF, art. 1º, III), do seu dever de assistir, criar e educar os filhos (CF, art. 229) e do poder-dever de dirigir-lhes a criação e a educação (CC, art. 1.634, I).

Em suma, o exercício do poder familiar está em linha com a preservação da dignidade humana e com o adequado desenvolvimento da estrutura física e psíquica dos filhos em sua preparação para a vida em sociedade.

Mesmo com a separação/divórcio dos pais, o poder familiar é mantido por ambos, devendo os mesmos se responsabilizar pelos filhos, conforme o art. 1.632 do Código Civil.

Havendo o descumprimento do dever de cuidar, o genitor que abandonou afetivamente o filho menor deve, em primeiro momento tentar reatar os laços afetivos, não sendo possível, será cabível a promoção de ação de responsabilidade civil por abandono afetivo.

3. DESENVOLVIMENTO HUMANO E CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, os incapazes passaram a ser reconhecidos como pessoas no plano do direito brasileiro, como explicita o art. 15 do ECA, *in verbis*:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (PLANALTO, 1990)

Assim, reflete Fachinetto (2009, p.51):

Pelo novo paradigma filosófico-político introduzido pela novel Doutrina, as crianças e adolescentes devem ser considerados sujeitos de plenos direitos, bem como deve ser respeitada a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, competindo à família, à sociedade e ao Estado garantir, com prioridade absoluta, a efetividade de suas necessidades.

Esse novo pensamento rompeu com toda a doutrina até então vigente e consolidou no Brasil a legislação internacional que trata sobre os direitos do homem, estendendo-as às crianças, como por exemplo, o art. II, 1, da Declaração Universal de Direitos do Homem, que diz:

Artigo II, 1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Pode-se levar o artigo supra em consideração, pois a criança é uma pessoa em desenvolvimento e deve ter seus direitos salvaguardados, vez que, conforme traz Fachinetto (2009, p.54):

Como condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, [...] compreende-se muito mais do que a simples definição legal dos sujeitos dessa proteção, que são crianças (até doze anos incompletos) e adolescente (de doze a dezoito anos), mas como suporte hermenêutico na interpretação de todos os dispositivos das legislações de vanguarda.

E continua:

Ocorre que, nesta etapa da vida, as crianças e os adolescentes estão em pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, bem como adquirindo habilidades, capacidades e, sobretudo, apreendendo e desenvolvendo sentimentos em relação ao mundo em que estão inseridos.

Por se acharem na peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, as crianças e os adolescentes encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, motivo pela qual necessitam [...] de um regime especial de salvaguardas que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em suas plenitude.

Para exemplificar Fachinetto (2009, p. 55 apud Paula, 2002, p.89):

A infância e adolescência atravessam a vida com a rapidez da luz, iluminando os caminhos que condizem à consolidação de uma existência madura e saudável. Aquisições e perdas, privações e satisfações, alegrias e tristezas, prazeres e desgostos, êxitos e fracassos e tantos outros experimentos materiais e emocionais sucedem-se em intensidade e velocidade estonteante. Não raras vezes não podem ser repetidos, constituindo-se em experiências únicas e ingentes.

É por esta construção da personalidade que, o menor deve ser amparado por todos os lados, principalmente pela família, para que futuramente exerça perante a sociedade uma postura adequada com as leis e costumes do local.

Como já dito acima todos os experimentos de uma criança e adolescente deve ser exercido naquela época, pois se estes não vêm a ocorrer o tempo perdido não poderá ser retomado. Por este motivo a criança e o adolescente devem ser submetidos ao Princípio da Prioridade Absoluta, para que o desenvolvimento destes seja válido e que sirvam de verdadeiros alicerces para o crescimento pessoal dos mesmos.

Assim expõe Fachinetto (2009, p. 55):

Em face dessa imprescindível presteza no atendimento contemporâneo das suas necessidades é que, sabiamente, o constituinte cunhou como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes de modo pleno e prioritário. No plano constitucional, nenhum outro segmento social foi distinguido com tão

expressa e contundente força normativa como o dispensado à criança e ao adolescente.

E continua (2009, p.57):

A Doutrina da Proteção Integral, uma vez devidamente dimensionado o seu alcance, importa profunda ruptura na forma de intervenção da família, do Estado e da sociedade em relação à população infanto-juvenil, agora compreendida como titular dos mesmos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana [...].

Para que tudo isso ocorra de forma devida, a convivência familiar é de suma importância, já que é em seu seio que o menor irá criar valores morais, assim como responsabilidade e em consequência será um adulto melhor. Sobre a família, Fachinetto (2009, p.57):

[...] O resgate e valorização do direito à convivência familiar e comunitária, como direito fundamental, pressupõe que a família – não apenas na sua concepção estritamente jurídica – deve ser vista como local ideal de criação dos filhos, importando, concomitantemente, em uma cruzada pela desinstitucionalização de crianças e adolescentes. A convivência familiar, antes de ser um direito fundamental, é uma necessidade, pois é na família, como primeiro agrupamento de inserção do indivíduo, que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apoia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade.

Sabe-se também que, quando uma criança é criada pelos pais, dá-se um novo olhar para o futuro com a criação de uma família própria, que dará continuidade aos bons costumes, e constituirá assim, uma sociedade melhor, pois de acordo com Fachinetto (2009, p.59 *apud* Winnicott, 2001, p.195): “[...] quando o lar é suficientemente bom, ele é o melhor lugar para a criança se desenvolver”.

Fachinetto (2009, p. 59-60) mostra que a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas (1998), diz: “[...] a criança para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio de sua família em um ambiente de felicidade, amor e compreensão,” acrescentando que a família é um:

[...] grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e assistência necessária afim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.

Aqui, não se trata apenas de uma família tradicional, advinda do casamento, trata-se de todos os tipos de família e, principalmente da atenção que deve ser dada à criança para que ela se desenvolva como uma pessoa íntegra.

Conforme Fachinetto (2009, p.62):

O direito à convivência familiar, visto do prisma da criança e do adolescente, faz parte do exclusivo rol de direitos fundamentais alcançáveis somente ao público infanto-juvenil, decorrentes de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, já que sua personalidade ainda está em formação e, em decorrência disso, está em situação fática de desigualdade em relação ao adulto e, portanto, mais vulnerável, merecendo tratamento jurídico mais abrangente e especial, visando a alcançar igualdade jurídico-material. [...]

Essa prioridade decorre da constatação histórica e dos estudos já realizados de que a criança não cresce sadiamente sem a constituição de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com um ou mais adultos, pouco importando se estes sejam seus genitores biológicos ou substitutos.

Posteriormente o Fachinetto coloca (2009, p.63):

O direito a ter uma família é um dos direitos fundamentais de toda pessoa, especialmente àquelas em pleno desenvolvimento, pois a família é tida como o núcleo básico de criação e manutenção de laços afetivos. Tal direito não significa apenas o simples fato de nascer e viver em uma família, mas vai muito além disso, expressando o direito a ter vínculos afetivos através dos quais a criança se introduz em uma cultura e em uma sociedade, tornando-se, de fato e de direito, cidadã.

Ante o exposto, Fachinetto (2009, p.65 apud Veronese e Costa, 2008, p. 84-85) se faz sintético ao dizer que:

Deste modo, a família, além de ser o meio primário que propicia as primeiras e elementares noções de convivência social, ela é principalmente, também o meio que possibilita o desenvolvimento de todas as faculdades físicas, psíquicas, morais e espirituais da criança e do adolescente, no sentido de que, por mais que muitos desses conteúdos (sociais, morais, intelectuais e espirituais) advenham do contato com outras instâncias, a família é responsável, por assim dizer, pelo cultivo da terra onde as sementes serão lançadas.

Portanto, a convivência da criança com a família consiste numa necessidade, tendo em vista que um relacionamento intenso e privilegiado com os parentes garante à criança e ao adolescente uma estrutura psicológica e emocional completa, vez que a sua personalidade ao passar dos anos foi bem estruturada.

4. DA AFETIVIDADE

Afeto é a manifestação de um sentimento positivo em relação a outra pessoa. Este sentimento pode ser expressado sob diferentes hipóteses, dentre elas na relação de parentalidade entre pais e filhos, pois como afirma Santos (2009, p. 202):

A estrutura psíquica se desenvolve em grande parte nas relações familiares, tendo os pais papel preponderante no desenvolvimento psíquico-afetivo dos filhos. Em suma, a afetividade é necessária ao pleno desenvolvimento da personalidade e os pais têm o dever de

proporcionar e estimular esse desenvolvimento em decorrência do poder familiar.

Quando não há este zelo por parte dos pais com os seus filhos não há a expressão afetiva, portanto, tem-se o abandono afetivo.

Quando se trata de abandono afetivo dos filhos menores, vê-se que se faz necessário a intervenção do órgão jurisdicional, para que possam ser tomadas as medidas cabíveis, pois de acordo com Santos (2009, p. 198):

[...] dignidade subjetiva são aspectos indissociáveis da personalidade, a integridade física e psíquica surge como valor jurídico passível de proteção pelo ordenamento jurídico, visto que se trata de um dos aspectos essenciais da personalidade.

É nesse momento que surge o afeto como valor jurídico, para a proteção da pessoa humana, e principalmente do menor que é uma pessoa em desenvolvimento, e de suas estruturas físicas e psicológicas, que são inerentes à personalidade. Desse pensamento surgiu o princípio jurídico da afetividade, no qual Santos (2009, p. 199) explica da seguinte forma:

Por isso se fala, na atualidade, em *princípio jurídico da afetividade*, posto que não se pode conceber o ser humano despido de seu aspecto afetivo. A afetividade se constitui num princípio que rege todas as ações na vida em sociedade e se prende diretamente ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O problema é que, parte da doutrina ainda se opõe ao abandono afetivo e sua consequente responsabilização, alegando, principalmente, que o afeto não depende da simples vontade humana, não podendo o direito, portanto, impor a sua ocorrência.

Em nenhum momento, se falou em impor uma vontade humana, mas apenas de cumprir um dever constitucional, que é o cuidado com a prole. Para desestimular o pensamento trazido pela corrente contrária, Santos (2009, p. 200) expõe:

Ocorre que o pleno desenvolvimento da personalidade, em seus aspectos intelectual e afetivo, é uma exigência que se impõe na atualidade, seja porque a dignidade humana é o fundamento da ordem social, seja porque as ciências psicológicas afirmam que esse desenvolvimento é estruturante da personalidade. Sendo assim, o Direito não pode deixar de protegê-lo.

O afeto, assim como o amor, não pode ser como já dito anteriormente, forçado ao ser humano, mas pode ser criado a partir de comportamentos afetivos. O direito lida com os comportamentos humanos, sejam eles adequados ou não. Tais comportamentos e o próprio afeto só serão manifestados com a convivência, que poderá sim, ser imposta entre pais e filhos.

Nesse sentido relata Santos (2009, p. 201):

Pois bem, o Direito não pode exigir que o pai ou a mãe ame os seus filhos, mas pode perfeitamente exigir a prestação de condutas tendentes ao desenvolvimento dos afetos. A atenção, o carinho, a convivência são comportamentos que possibilitam o nascimento e o desenvolvimento dos laços afetivos, ainda que não correspondam ao estado afetivo do pai ou da mãe no momento em que são prestado. Diremos que se trata de *comportamentos pró-afetivos*.

Não podendo o direito impor determinado comportamento, devido à impossibilidade de reversão dos danos, será cabível a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo, vez que não haveria a possibilidade de desenvolvimento dos laços afetivos.

5. DA RELAÇÃO ENTRE A DIGNIDADE HUMANA E O DEVER DE CUIDAR

Conforme disse Nunes (2009, p.27): “Sempre houve atrocidades na história da humanidade, ainda há, infelizmente”. Desde os tempos mais longínquos, pode-se verificar que sempre existiram atrocidades na humanidade, como por exemplo, a escravidão, as torturas na inquisição dentre outros dos mais impensáveis, no qual o próprio direito as regulava.

Muitos estudiosos na história pensaram em formas de permitir uma evolução quanto ao tratamento digno dos homens, mas apenas com a segunda guerra mundial houve um “acordar” universal para a dignidade da pessoa humana, assim como pela igualdade entre as pessoas, liberdade e a criação de uma consciência para tais direitos.

Segundo Nunes (2009, p.48): “Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega aos início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”.

Tal importância se deu à dignidade que a mesma além de está contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, também está inserida na Carta Magna brasileira, em seu art. 1º, III, *in verbis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.

Conforme o Dicionário Aurélio (2004, p.318): “Digno é aquele que merece respeito, ou que mostra correção, integridade.” O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, é aquele em que confere a qualquer pessoa viver de forma honrada

de acordo com a lei e os bons costumes de um determinado lugar ou situação. Assim Nunes (2009, p.52 *apud* Chaves de Camargo p. 27-8):

Pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental ou crença religiosa.

A criança e o adolescente por serem pessoas em desenvolvimento também tem direito a uma vida digna, que lhes proporcione meios para seu desenvolvimento físico, mental, moral e social, como é exposto no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (PLANALTO, 1990)

Tal garantia fundamental de todas as pessoas, inclusive das crianças e adolescentes, é em nosso ordenamento jurídico tido como princípio constitucional. Nos dizeres de Nunes (2009, p.48): “[...] a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem no relativismo”.

Como ressalta Nunes (2009, p.41 *apud* Bastos p.143-4):

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas.

Então Nunes (2009, p.40 *apud* Geraldo Ataliba, p.6 e 7) diz:

[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

E complementa(2009, p.40):

Percebe-se, assim, que os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, uma vez que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. Os princípios, por sua qualidade normativa especial, dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcional fator aglutinante.

Relata também o Nunes (2009, p.8): “O princípio é, assim, um axioma inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar deste setor do conhecimento. Não é possível afastá-lo, portanto.” Desta forma, o princípio é absoluto, não cabendo nenhuma espécie de relativização.

Ao contrário do que pensam, os princípios estão no patamar mais alto de um sistema jurídico, mas podem incidir sobre a realidade, como relata Nunes (2009, p.23): “É nesse aspecto que reside a eficácia dos princípios: como toda e qualquer norma jurídica deve a eles respeitar, sua eficácia é – deve ser – plena”.

Nesse sentido o conceituado escritor coloca que, todo o sistema jurídico deve se basear em princípios, estes devem ser os primeiros e os últimos invocados para que se possa interpretar as leis e casos concretos, pois as normas, são meras declarações dos princípios e diferente do que se pensa, os princípios serão utilizados quando o homem não tem uma saída legal para a resolução do caso; o princípio é o que resta para uma explicação plausível.

É claro que a dignidade de um não poderá violar a dignidade de outrem, pois com a crescente qualidade da dignidade, surge também novos problemas que devem ser resolvidos pela justiça, como diz Nunes (2009, p. 53):

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautada no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Alias, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

E mais adiante relata que “[...] a própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social”.

Assim, nos dizeres de Nunes (2009, p.21):

Essa influência tem uma eficácia efetiva real, concreta. Não faz parte apenas do plano abstrato do sistema. É de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência de influência plena e direta. Vale dizer: o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais

complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.

Santos (2009, p. 202) sintetiza esta matéria dizendo:

No Direito atual, o valor fundamental é a pessoa humana, a quem se confere direitos como forma da sua dignidade. Todavia, a proteção da dignidade humana envolve seus aspectos materiais e morais. [...] estes se garantem por meio de direitos relacionados com a subjetividade, isto é, os direitos da personalidade. A personalidade envolve aspectos físicos e psíquicos e estes se subdividem em intelectuais e afetivos. A proteção dessa estrutura está diretamente relacionada com a proteção do núcleo central da pessoa, isto é, da dignidade da pessoa humana.

A proteção será mais acentuada quando se tratar das crianças e dos adolescentes, visto que é dever de diversas esferas sociais zelarem pelo desenvolvimento do menor de idade, como assevera os arts. 4º e 18 do ECA, *in verbis*:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos .direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (PLANALTO, 1990)

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (PLANALTO, 1990)

Apesar da amplitude trazida pelo estatuto, a família em estrito é a entidade que primeiro deve ter os cuidados de manutenção tocantes ao menor, tendo em vista que o seio familiar é o lugar onde a criança terá suas primeiras vivências e relações interpessoais. Dando amparo legal ao que foi dito está o art. 22 do ECA, que diz: “ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (PLANALTO, 1990)”

Portanto, a criança como qualquer outra pessoa, e em especial por estar em desenvolvimento, terá direito à dignidade e ao respeito, que deve ser exercido por todos os ramos da sociedade e principalmente pela família, sem nenhum tipo de discriminação, conforme os arts. 1.596 do CC e 20 do ECA.

6. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENITOR PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDAR DO(S) FILHO(S) MENOR(ES)

Neste capítulo passaremos a dispor sobre a responsabilidade civil como um todo e de forma específica.

6.1 Breve Histórico da Responsabilidade Civil

Como na maioria dos institutos do direito civil atual, a responsabilidade civil tem o seu ponto de partida no direito romano.

Nos primórdios, leia-se sociedade pré-romana, não havia na humanidade uma concepção de responsabilidade pelo dano causado a outrem ou o conceito de culpa, nesta época todos os ilícitos praticados, civis ou penais, eram reprimidos pela vingança privada familiar. No início do direito romano não foi diferente, ocorrendo até mesmo a legalização da conduta na lei das XII tábuas, dada a importância do fato de se vingar. (ALVES, 1998)

Posteriormente, houve uma evolução quanto à aplicação da lei mencionada. Graças às decisões prolatadas, pelos juízes e pretores foi proporcionada à vítima e ao agressor a possibilidade da composição voluntária, e depois a existência da composição obrigatória, sendo a “pena” do agente o pagamento em dinheiro ou até mesmo a dação de bens, evitando-se aplicação da pena de Talião. (ALVES, 1998)

O grande crescimento da responsabilidade civil no direito romano ocorreu com a criação da Lei de Aquíla, que trouxe em sua primeira e terceira parte (total de três partes) O conceito de responsabilidade civil extracontratual e o pagamento das multas de acordo com o dano causado pelo agente, livrando-se das multas fixas anteriormente impostas. Apesar da grande importância desta lei, a legislação anterior não foi revogada. (ALVES, 1998)

Tal lei regulava o *damnum iniuriarum* – que consiste em alguém causar culposamente, dano em coisa alheia, animada ou inanimada – neste caso, para sua configuração era necessário o preenchimento de requisitos, quais sejam, o dano decorrente de ato contrário ao direito, culpa do agente e lesão em virtude de ação direta do agente atingindo materialmente a coisa alheia. (ALVES, 1998)

Devido a grande parte dos casos concretos não se encaixarem no *damnum iniuriarum*, a jurisprudência e os pretores passaram a aplicar a Lei de Aquíla sem um dos seus requisitos, a ação direta do agente, em casos de omissão pelo ato anteriormente realizado. (ALVES, 1998)

Sem mais aperfeiçoamentos de porte relevante no direito romano, a responsabilidade civil não teve mudanças consideráveis até o código civil de Napoleão,

que incorporou em seu texto a ideia de culpa como elemento básico (responsabilidade subjetiva). Apesar da inteligência da lei, não foi possível satisfazer todos os casos práticos existentes na época, vez que a dificuldade na comprovação do animus, tornava impossível o cumprimento da lei. (GAGLIANO, 2011)

Por este motivo, o judiciário francês passou a aplicar novas teorias, com o conceito de culpa na forma mais ampla, passando a abordar a reparação do dano apenas pelo fato ou em virtude do risco a vítima. (GAGLIANO, 2011)

O código de Napoleão, por sua vez, teve um vasto poder de influência sobre a legislação de diversos países, dentre eles o Brasil, que teve aquele códex como fonte inspiradora para a criação dos códigos civis de 1916 e 2002, como se passa a discorrer. (GAGLIANO, 2011)

6.2 Conceito de Responsabilidade Civil

A responsabilidade é decorrente do princípio de que ninguém pode causar dano a outra pessoa. No contexto atual, como descreve Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 43-44) a responsabilidade civil é: “[...] a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade”.

Deste modo, o descumprimento de uma obrigação originária, advinda de contrato ou da lei, gera uma obrigação sucessiva, que é a chamada responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2).

Neste mesmo sentido, Santos (2009, p.202): “Afirmamos [...] que a responsabilidade civil está relacionada ao fato de que devemos nos conduzir na vida sem causar danos aos outros sob pena de sermos obrigados a reparar os danos”.

A responsabilidade civil, por sua vez, tem um conceito mais específico, pois este utiliza o ato ilícito (violação de uma obrigação existente advinda pela conduta humana) em sua constituição como requisito indispensável, e por este motivo, ganha um *status* de obrigação de indenizar, o qual restou expresso no art. 927 do Código civil (Parte Especial, Livro I, Título X) dizendo: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (PLANALTO, 2002)”.

Como se vê, a disposição do art. 927 necessita de complemento, qual seja, a descrição do que seja ato ilícito, a qual está devidamente contida no art. 186 do mesmo códex (Parte Geral, Livro III, Título III): “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Desta forma, pode-se dizer que, o dever de indenizar é legal, não havendo dúvidas quanto ao direito de pedir indenização, uma vez que é função da responsabilidade civil obrigar o agente a reparar o dano por ele causado, tanto quanto lhe for possível, pois o objetivo da reparação é colocar a vítima em sua situação anterior à agressão (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 13).

Nesse pensamento essa regra também é aplicável às relações entre pais e filhos, visto que a responsabilidade é ainda mais evidente, já que os filhos encontram-se em fase de desenvolvimento, e é dever dos pais promover-lo da melhor maneira possível. (SANTOS, 2009, P. 202).

6.3 Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil

Segundo Cavalieri Filho (2008, p. 4 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2003, v. III, t. II/18) a natureza jurídica da responsabilidade civil “[...]é uma obrigação-sanção que a lei lhe impõe como resultado do comportamento infringente de seus preceitos”. No mesmo sentido está Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 61): “a sanção é a consequência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito [...]”, e continua:

No caso da responsabilidade civil originada de imposição legal, as indenizações devidas não deixa, de ser sanções que decorrem não por força de algum ato ilícito pelo responsabilizado civilmente, mas sim por um reconhecimento do direito positivo (previsão legal expressa) [...].

Desta forma, observa-se que, a natureza jurídica da responsabilidade civil é de cunho sancionatória, pois a ocorrência do ato ilícito enseja a aplicação de uma “pena” pelo descumprimento de uma obrigação.

6.4 Considerações gerais sobre a Responsabilidade Civil do Genitor pelo descumprimento do dever de cuidar

É importante ressaltar antes de tudo que a aplicação do direito de família deve ser opção prioritária para sanar o abandono afetivo; apenas se não for possível utiliza-lo poderá a teoria da responsabilidade civil suprir esta insuficiência, como afirma Santos (2009, p. 202):

O Direito de Família dispõe de mecanismos eficazes para compelir os pais a prestarem condutas tendentes ao desenvolvimento afetivo dos filhos. Porém, em muitos casos, esses mecanismos se mostram insuficientes, mormente porque os danos já se concretizaram e não há possibilidade de correção. É nesse contexto que surge, nos dias atuais, a teoria da responsabilidade civil por abandono afetivo, resultante de

um esforço interdisciplinar exógeno – entre direito e psicologia – e endógeno – entre poder familiar e responsabilidade civil.

Desta forma, deve-se classificar a responsabilidade civil de acordo com o tema, primeiramente no que tange à competência para conhecer e julgar o caso.

Nos escritos de Leite e Heuseler (2012, p. 02):

[...] é do entendimento da maioria da doutrina e, também de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho que a competência é mesmo das varas de família posto que a análise das peculiaridades e características da família devem ser consideradas, quando do julgamento das pretensões.

Diferentemente da responsabilidade penal, que lida essencialmente com o direito penal no âmbito público, a responsabilidade civil lida com diversas esferas do direito, pois tem o seu campo de atuação no direito privado, que como todos sabem é mais vasto (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 14).

Por ser parte do direito privado, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual, sendo a contratual decorrente do inadimplemento de um contrato, e a extracontratual oriunda de um ato ilícito, ou seja, o descumprimento de um dever jurídico imposto pela lei (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 15). *In casu* engloba-se o tema na teoria extracontratual, pela existência da omissão do dever de cuidar do filho menor, que como já vimos está disposto em lei.

A responsabilidade extracontratual pode ser subdividida em outras duas posições, a responsabilidade subjetiva e a objetiva, que terá como fator relevante para a sua distinção, a necessidade de provar no processo a culpa do agente pelo dano causado. Apesar do elemento culpa ser requisito fundamental para o estabelecimento da responsabilidade civil, na responsabilidade objetiva a prova deve ser constituída nos autos, sob pena de não conhecimento do direito, por não ser possível nesta modalidade a vinculação apenas do nexo causal com o dano.

No Código civil de 2002, assim como no Código Civil de Beviláqua, a responsabilidade civil subjetiva é tida como regra, e a objetiva é exceção à regra, como é colocado no parágrafo único do art. 927. Sendo a responsabilidade subjetiva a regra do ordenamento jurídico vigente, não seria diferente neste estudo, pois como dispõe Cavalieri Filho (2008, p. 23); “[...] a responsabilidade subjetiva terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa consagrando a responsabilidade objetiva”, e conforme complementa Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 181-182 *apud* ALVINO LIMA, 1999, p. 198):

[...] a teoria do risco não se justifica desde que não haja proveito para o agente causador do dano, porquanto, se o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos, na sua ausência deixa de ter fundamento a teoria.

Sendo assim, o descumprimento da obrigação de cuidar dos filhos menores, como vimos, gera a obrigação sucessiva na forma completa de responsabilidade extracontratual subjetiva, no qual seus requisitos de constituição constam a seguir.

6.5 Responsabilidade Extracontratual Subjetiva

Como visto acima, a responsabilidade subjetiva é a regra do nosso ordenamento jurídico, sendo a responsabilidade objetiva uma regra à exceção.

A responsabilidade subjetiva, assim como a objetiva, só poderá ser aplicada no caso concreto, se preenchidos todos os requisitos de sua composição, quais sejam, a conduta culposa do agente, o nexo de causalidade e o dano à vítima, sendo o primeiro o grande divisor de águas entre os tipos supracitados de responsabilidade civil.

Tendo em vista que, os pressupostos acima citados dão vida à responsabilidade civil, cabe, para melhor entendimento acadêmico, a análise individual de cada um deles em face da matéria abordada.

6.5.1 Conduta Culposa

Trata-se aqui de conduta culposa *latu sensu*, pois, de acordo com Cavalieri Filho (2008, p. 21): “a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana”.

Conduta humana, por sua vez, é o comportamento humano que exprime uma ação ou omissão, que produz consequências (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 23-25).

No caso em estudo, os genitores tem a obrigação legal de cuidar dos filhos menores de idade, de acordo com o art. 229 da Constituição Federal, como já foi dito outrora, os pais tem o dever de agir, pois com o nascimento da prole assumiu a posição de garantidor, possuindo um dever de guarda, vigilância e cuidado dos filhos, conforme o art. 22 do ECA, já citado.

A conduta culposa de um dos pais está em contrariar o art. 5º do ECA, pois:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (PLANALTO, 1990)

Sobre isso, Santos (2009, p.202): “A responsabilidade paterno-filial tem por fundamento a conduta culposa, que, em regra, caracteriza-se pela falta de cuidado dos pais com a integridade psíquica dos filhos”.

Tendo em vista que a culpa é o elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil subjetiva, torna-se obrigatório que a vítima prove que o agente agiu com culpa (leia-se culpa ou dolo), senão a prejudicada terá que arcar com todos os seus prejuízos, seja ele patrimonial ou moral (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 29).

Mesmo não havendo o cumprimento do dever de cuidar dos filhos, por parte do genitor, a indenização será cabível, pois a omissão gerou dano à prole.

É sempre importante frisar que a indenização será proporcional ao dano sofrido pela vítima, já que o objetivo da indenização é reparar o dano da maneira mais completa possível, tendo como base para o seu estabelecimento, a gravidade da culpa do agente e do dano sofrido pela vítima (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 30-31).

Na sociedade, o homem médio deve ter condutas de acordo com a lei e os bons costumes da comunidade a que pertence, para não causar dano a ninguém. Todos os atos praticados devem ser observados com a máxima cautela, diligência e atenção, para que sua atuação não lesione os bens jurídicos alheios (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 32).

Sábias palavras são as de Cavalieri Filho (2008, p. 33):

[...] a culpa é, na verdade, uma conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência de vontade, quer de inaptidões ou de deficiências próprias ou naturais. Exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo.

A culpa é exteriorizada pelo agente na forma de imprudência, imperícia ou negligência. No direito de família, o filho que não tem os devidos cuidados paternos ou maternos, foi negligenciado por ele, tendo em vista a falta de cuidado do genitor para com a sua prole, por uma conduta omissiva, já que tanto a CF como o CC pátrio descrevem aos pais condutas positivas a serem seguidas pelos pais, como por exemplo, assistir, criar e educar os filhos menores de idade.

A culpa de um ou de ambos os genitores, será estabelecida em face da gravidade da negligência praticada por aqueles em face do filho menor, podendo ser nos mais variados graus. Segundo Leite e Heuseler (2012, p. 05):

Portanto, o cuidado é fundamental para a criança e o adolescente, pois não existe mensuração possível para o amor, mais sim a verificação do cumprimento, descumprimento ou parcial cumprimento da obrigação jurídica de cuidar.

Encerrando esta particularidade da responsabilidade civil subjetiva, a prova da culpa do agente, observa-se que nos casos de ações de responsabilidade civil dos genitores, se faz presumida a culpa dos pais, pois a culpa decorre do próprio fato, está *in re ipsa*, o que favorece a própria vítima, por inverter o ônus da prova.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2008, p. 39):

Na culpa *in re ipsa*, vale dizer, na culpa que deriva inexoravelmente das circunstâncias em que ocorreu o fato danoso, de tal modo que basta a prova desse dato para que o *ipso facto* fique demonstrada a culpa, a guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis*, ou *facti*.

Por fim, analisa-se que a culpa concorrente do filho menor não é possível, pois aqui o dever de cuidar é dos pais, não podendo os próprios filhos responder por algo que não deram causa, já que o cuidado é inerente ao genitor.

6.5.2 Nexo Causal

O nexa causal dá continuidade aos pressupostos da responsabilidade civil, nele será apurado ser o agente deu ou não causa ao resultado danoso decorrente do ato ilícito praticado. Cavalieri Filho (2008, p. 45 *apud* LOPES, 1995, p. 219): “*nexo causal* diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado *objetivamente* à ação ou omissão de uma pessoa”.

Não basta, então, que tenha apenas havido a conduta humana (ato ilícito causado pelo agente) e o dano (sofrido pela vítima), é preciso haver uma relação entre os dois fatos dano e conduta, sendo este vínculo o nexa causal (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 46). Portanto, “É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 46). Este, como os demais requisitos, é um elemento essencial para a composição da responsabilidade civil, pois, sem a alegação do fato, não existe dano.

Sem delongas, para que o nexa causal seja apurado faz-se indispensável a aplicação da teoria da causalidade adequada, pois a teoria da equivalência dos antecedentes é aplicada apenas do direito penal.

Na teoria da causalidade adequada apenas uma condição dará ensejo à produção do evento, sendo o ato aquele mais adequado, de acordo com a realidade fática, a ponderação e o bom-senso. Apesar de não estar expressa no nosso Código Civil vigente, esta é a teoria aplicada nos casos de responsabilidade civil, uma vez que, esses rumos já

foram traçados, pela jurisprudência e pela doutrina pátria (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 48-49).

Para ter ciência se há relação entre o fato e o resultado diz Cavalieri Filho (2008, p. 48):

Deverá o julgador, retrocedendo ao momento da conduta, colocar-se no lugar do agente e, com base no conhecimento das leis da Natureza, bem como nas condições particulares em que se encontrava o agente, emitir seu juízo sobre a idoneidade de cada condição.

No caso concreto, essa teoria, em suma traz que, só será responsável pelo dano aquele que, de forma direta, contribuiu para o prejuízo (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 51). Sobre a teoria da causa adequada e o abalo emocional sofrido pela vítima expõe categoricamente Santos (2009, p.208):

Uma vez estabelecido que a vítima sofreu abalo psíquico significativo, várias causas podem ter contribuído para isso, inclusive a sua própria predisposição. Todavia, se a ação ou omissão dos pais foi determinante para a deterioração do psiquismo, essa é a *causa adequada*.

Utilizando-se do tema destes escritos, nota-se que o pai ou mãe, que por omissão, deixou de cumprir sua obrigação de cuidar do filho menor, deve reparar o dano moral sofrido por este.

Volta-se a frisar que não é possível a reciprocidade de culpas ou causas, vez que o dano, neste caso, só pode ser sofrido pelo filho menor em decorrência da falta de cuidado dos pais, pois conforme os arts. 229 da CF e 1.634 do CC compete aos pais criar e educar os filhos menores.

Sendo a responsabilidade dos pais, esta só não poderá ser computada, se o genitor encaixar em alguma das causas de exclusão do nexo causal: fato de terceiro ou caso fortuito/força maior, não sendo possível o fato exclusivo da vítima, pois o menor está sobre o pátrio poder dos genitores.

6.5.3 Dano

O dano é a chave-mestra para a responsabilidade civil, pois sem dano não há o que reparar/indenizar. De acordo com Cavalieri Filho (2008, p. 71): "Em suma, o dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral [...]".

Quando se fala em descumprimento do cuidado pelo genitor em relação ao filho menor, trata-se, geralmente, do dano moral, motivo pelo qual somente o iremos abordar.

A CF em seu artigo 5º, X, expõe que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (PLANALTO, 1988)

Nesse sentido Almeida (2012, p. 01): “A Responsabilidade Civil no âmbito familiar tem como base o dano moral, neste caso, o dano moral causado à criança pelo abandono afetivo dos pais e o cabimento de indenização reparatória”.

A melhor corrente trata o conceito de dano de forma residual, no qual será toda e qualquer agressão/sofrimento da vítima que não se direcione a uma perda patrimonial. Esse sofrimento pode ser das mais variadas formas, devendo atingir a dignidade do ofendido, vez que esse é o englobamento de todos os valores morais de uma pessoa, e a essência de todos os seus direitos (CAVALIERI FILHO, 2008, p.).

6.5.3.1 Dano Moral

Por meio do critério de exclusão, dano moral é o dano que não atinge a esfera patrimonial da vítima. Em seus ensinamentos Cavalieri Filho (2008, p. 79 *apud* SAVATIER) coloca: “[...] é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária.” Para tanto, o dano moral é todo aquele que atinge a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que este princípio é a base de todos os direitos personalíssimos do homem.

Nem sempre o dano moral está ligado à dor, vexame ou sofrimento, mas na responsabilidade civil estas condições devem estar presentes, pois, de acordo com Cavalieri Filho (2008, p. 83):

Nesta linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Portanto, os sentimentos pessoais da vítima são consequências da agressão à dignidade, que é a causa da responsabilidade civil indenizável (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 84).

Diferente é o mero dissabor, como diz Cavalieri Filho (2008, p. 83):

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de

fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Como foi dito anteriormente, a comprovação da culpa do agressor é o próprio fato ocorrido (*in re ipsa*), o dano moral em si e a gravidade do fato, que se provado com os meios corretos (convencionais do direito), configura-se a responsabilidade civil. Acerca desta questão, Santos (2009, p. 203) expõe que:

[...] há o dever de indenizar, mas é necessário atentar para o elemento volitivo dos pais, mesmo porque cada modalidade de conduta produz sendas mais ou menos profundas na personalidade da vítima, o que deve repercutir na quantificação do dano.

Por se tratar de ação de indenização por dano moral, a culpa do genitor por não cuidar de seu filho menor deve ser trazida pelo filho aos autos, demonstrando que a ausência do pai/mãe em sua vida lhe causou danos psicológicos. Esses danos devem ser caracterizados como afirma Santos (2009, p.207):

É necessário perceber que a caracterização do dever de reparação requer que os danos estejam minimamente evidenciados, o que pode ser feito por meio de testemunhas, documentos e, em especial, por laudo psicológico.

O grande ponto do dano moral na atualidade é o seu arbitramento, que deve ser determinado pelo juiz de maneira prudente, de acordo com a repercussão do dano e a possibilidade financeira do agressor, para que não gere a impossibilidade do cumprimento da obrigação e uma consequente reforma da condenação (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 86-87).

Sobre a fixação de altos valores da condenação, fala Cavalieri Filho (2008, p. 93):

[...] o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

E continua:

[...] o princípio da *lógica do razoável* deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a conferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos

motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Como nos demais tipos de responsabilidade civil, a ação de indenização por descumprimento do dever de cuidar, o dano moral é punitivo, por se caracterizar a prevenção ao dano e a punição pela sua ocorrência. Como declara Cavalieri Filho (2008, p.94):

[...] na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I – *punição ao infrator* pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – *pôr nas mãos do ofendido uma soma* que não é *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de uma ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança.

Aqui coloca Almeida (2012, p. 02):

A responsabilidade civil por abandono afetivo na filiação desempenha o papel de punição, objetivando educar os pais ou um deles pelo péssimo exercício do poder familiar. Essa condenação pecuniária não tem como fundamento a recuperação do dano, mesmo porque não tem como reparar a dor psicológica suportada pelo filho, mas serve como medida educativa para o pai não cometer mais tal conduta.

Nesse sentido também Leite e Heuseler (2012, p. 06):

A fixação de reparação pecuniária tem caráter acentuadamente punitivo e pedagógico, nas perspectivas da função social da responsabilidade civil, para que não consagre o paradoxo de impor aos pais responsáveis por esse grave comportamento pernicioso a imposição simplesmente da perda do poder familiar, o que poderia redundar num grande favor.

Como já dito em outro momento, deve o juiz designar o valor a ser pago a título de dano moral, sendo esse proporcional e razoável. Esse *quantum* por sua vez, deve ser medido pela extensão do dano, de forma que a reparação possa ser a mais completa possível, para que a vítima não tenha que arcar com os demais prejuízos que lhe foram causados (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 96).

Portanto, sendo preenchidos os três requisitos acima expostos, pode-se pleitear

em juízo a indenização por dano moral, principalmente na esfera do direito de família, por se tratar de um ramo do direito civil e haver um descumprimento de uma obrigação, qual seja, o dever de cuidar, como se vê a seguir.

7. DO JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Observa-se uma significativa mudança nos contextos sociais e científicos incluindo neste contexto a prática jurídica, como aborda Santos (2009, p. 191):

Uma adequada abordagem do tema proposto deve levar em consideração que a virada paradigmática da modernidade para a pós-modernidade produziu e ainda produz consequências sobre todos os aspectos da vida. No meio social, destacamos as modificações na estrutura das famílias; na teoria do conhecimento, a emergência da interdisciplinaridade; no direito positivo, a centralização da pessoa humana. Tudo isso requer mudança de mentalidade tanto na ciência quanto na prática jurídica.

Antes as pessoas que se sentiam lesadas em relação ao abandono afetivo, procuravam apoio jurídico, mas não obtinham êxito, como no caso Alexandre, que teve seu pedido indeferido, conforme o REsp nº 757.411/MG, julgado da 4ª Turma do STJ a seguir:

EMENTA:RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO. DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2006)

Mas com o passar dos anos, ocorre uma mudança na visão dos julgadores, que passaram a aceitar tais pedidos, alegando que amar o outro é facultativo, mas cuidar de seu prole é um dever, como afirma a Constituição federal e interpreta Santos (2009, p. 211): [...] o judiciário não pode obrigar ninguém a amar, posto que no caso não se trata de dar amor, mas de dar atenção; não se trata de prestar sentimento, mas de prestar conduta.

Prova maior disso, é o REsp nº 1159242/SP, julgado atualmente pela 3ª Turma do STJ, que se posicionou favorável à indenização por abandono afetivo:

EMENTA:CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – FAMÍLIA – ABANDONO AFETIVO - COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL – POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2012)

Diante do novo posicionamento, observa-se que o judiciário passou a atuar como quantificador do dano afetivo, uma vez que o tema possui grande importância no plano jurídico-social, como veremos no item a seguir.

8. DAS SOLUÇÕES NO PLANO PESSOAL E JURÍDICO

A grande solução para dar término ao abandono afetivo está no plano pessoal, no qual os genitores devem se conscientizar que a convivência com os filhos é um direito e um dever que lhes cabe, pois um pai deve usufruir ao máximo da companhia da sua prole e, principalmente, contribuir com a estruturação física e psicológica do menor, vez que a estrutura afetiva prestada pelos pais é determinante para o desenvolvimento da personalidade do menor e em sua qualidade de vida junto à sociedade.

Ocorre que, em grande parte das vezes, como relata Santos (2009), esta consciência ainda não foi formada, e os genitores acabam por privar os filhos do afeto, já que lhe é negada a convivência e atenção que são essenciais para a estrutura psíquico-afetiva do menor.

Diante do fato acima, faz-se plausível a intervenção do Estado-juiz, para o estabelecimento das condutas a serem exercidas pelo genitor para o sadio desenvolvimento da personalidade do filho, ou para reparação dos danos já ocasionados,

vez que, conforme o art. 226, § 8º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Vale salientar que, não se pode obrigar alguém a amar outrem, mas quando há o dever de cuidado é possível exigir medidas para o desenvolvimento dos afetos, os chamados comportamentos pró-afetivos.

Nesses casos afirma Santos (2009, p. 209) que:

Em regra, os casos de abandono afetivo parecem como consequência da separação dos pais. O juiz procura preservar a integridade psíquica dos filhos, já no momento da separação, do divórcio ou da dissolução da união estável, mediante a fixação da guarda unilateral ou compartilhada e da regulamentação das visitas.

Para finalizar tal questão o mesmo relata (2009, p. 209):

Todas essas medidas são tendentes à preservação da integridade física dos filhos, com intuito de evitar danos à formação de sua personalidade. Mas há casos em que os danos já se consolidaram e não há possibilidade de reversão ou de restauração pelas medidas acima enunciadas. Nessa hipótese, há lugar para ação de responsabilidade civil, cujo pedido não é a prestação do afeto, mas sim a reparação do dano causado.

É importante frisar que a perda do poder familiar, não seria uma saída plausível para o caso em questão, vez que tal medida acabaria por beneficiar o genitor que deixou de prestar o afeto e não seria favorável ao filho que sofreu o dano.

9. CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, pode-se dizer que é dever paterno (de ambos os pais) prestar assistência moral, psíquica e afetiva aos filhos menores de idade, pois todas as crianças, de acordo com a legislação pátria, tem direito ao convívio familiar para que se forme a base rígida para o seu desenvolvimento pessoal.

Pudemos observar que a carência afetiva justifica, a depender do caso concreto, a reparação financeira por dano moral, tendo em vista que a infância e a juventude são irrecuperáveis, assim como a falta de um suporte psicológico em decorrência de uma opção infeliz de um ou de ambos os genitores.

A carência afetiva da criança e do adolescente são traumas que o adulto posteriormente levará pelo resto de sua vida, por não ter uma imagem paternal seguir e

protege-lo.

Embora não seja possível obrigar alguém a amar o outro, não se pode privar um menor de sua criação e educação, vez que estes são deveres dos genitores, que devem assegurar aos filhos a uma convivência familiar para o seu desenvolvimento sadio.

Havendo a recusa de um dos pais a oferecer aos filhos caracteres essenciais para a estruturação destes, o genitor incorre em um ilícito civil, criando, assim, o dever de indenizar a dor, os traumas e demais prejuízos morais do filho.

Conforme a Constituição Federal, o código civil e o estatuto da criança e do adolescente, a indenização pode ser aplicada em concomitância com o direito de família, especificamente ao abandono afetivo, por constituir um prejuízo psicológico a alguém.

Portanto, podemos concluir que cabe aos pais prestar auxílio material e moral aos filhos menores de idade, que por sua vez tem o direito à convivência familiar em sentido amplo e estrito, mesmo que seus genitores sejam separados ou divorciados judicialmente, pois é compromisso natural dos pais prestar a devida assistência aos filhos de todas as formas possíveis.

Assim, não havendo cumprimento dos deveres de cuidado e criação inerente aos pais, por livre vontade, torna-se direito do filho pleitear perante a justiça indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Priscila Araújo de. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/829>> acesso em: 08 de julho de 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 233-236. 2 v.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. 464p.

BRASIL. Lei 8.096, de 13 de julho de 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em: 21 de abril de 2012.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em: 13 de maio de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – FAMÍLIA – ABANDONO AFETIVO - COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL – POSSIBILIDADE.1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp Nº 1159242 / SP. Rel. Nancy Andrigui. Terceira Turma. Data do julgamento 24/04/2012. Data da Publicação). **Diário da Justiça**,

Brasília, p. 1, 10 de maio de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO. DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp Nº 757.411 – MG, Rel. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data do julgamento 27/03/2006. Data da Publicação). **Diário da Justiça**, Brasília, p. 1, 27 de março de 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1-149.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://ocanto.esenviseu.net/dudh.htm> Acessado em: 02 de agosto de 2012.

FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência família e comunitária**: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porte Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 51-80.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43-68.

Leite, Gisele; Heuseler, Denise. **Responsabilidade civil nas relações de Direito de Família**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2011_06_2012.pdf Acesso em: 08 de agosto de 2012.

LUZ, Valdemar P. da. **Filiação**. Disponível em: <http://abadireitodefamilia.blogspot.com.br/2010/04/filiacao.html> Acesso em: 06 de julho de 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 337-344, 375-380.

Miguel, Frederico de Ávila. **RESPONSABILIDADE CIVIL: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto**. Disponível em: www.advogado.adv.br/artigos/2006/fredericodeavilamiguel/responsabilidade.htm. Acessado em: 02 de julho de 2012.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade Civil na Parentalidade. Direito de Família e das Sucessões – Temas Atuais. 2 ed. São Paulo, 2011.